

## **PALESTRA PROFERIDA NO CONGRESSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

---

**CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO\***  
*Ministro do Supremo Tribunal Federal*

Meus senhores e minhas senhoras, participantes deste IX Congresso de Direito Tributário, é com muito prazer que retorno à minha terra natal para falar com os meus co-estaduanos, e, pelo que verifiquei, há aqui participantes de muitos Estados da federação. Isto é muito bom: a oportunidade de conviver, não só com a minha gente, mas com os meus companheiros do estudo do Direito Tributário. É uma oportunidade de conviver, de maneira que eu agradeço aos organizadores deste Congresso a oportunidade.

Devo falar-lhes sobre a reforma do Poder Judiciário, que veio com a Emenda Constitucional nº 45, os seus reflexos nos litígios tributários e a súmula vinculante. Eu não sei o que dizer sobre os reflexos desta Emenda Constitucional nº 45 nos litígios de Direito Tributário, porque ela é tão pobre, esta Emenda Constitucional, no que toca aos reflexos *no próprio Poder Judiciário*, que fica realmente difícil dizer se ela trouxe alguma coisa, algum benefício. É claro que, no que tange à súmula vinculante, há algo que dizer, e nós tentaremos dizer. Vamos, então, fazer um passeio nesta reforma. Vamos verificar alguns de seus pontos que parecem relevantes – *de certa forma* relevantes – e vamos tirar as nossas conclusões.

A Emenda 45 foi promulgada no dia 8 de dezembro de 2004, mas a sua vigência se deu com a publicação no dia 31 de dezembro de 2004, de modo que foi a partir de primeiro de janeiro deste ano que ela teve efetiva eficácia.

Ela, na verdade, pouco contribuirá, para afastar o verdadeiro problema da justiça brasileira. O verdadeiro problema da justiça brasileira é a demora na prestação jurisdicional. Me parece que praticamente estamos todos de acordo com isso. No dia em que eliminarmos esta lentidão, no dia em que estabelecermos leis processuais mais objetivas, sem esse exagero de formalidades das leis processuais que temos, no dia em que estabelecermos um sistema racional de recursos, então nós teremos uma justiça que atenderá às pretensões e às aspirações da sociedade brasileira. Aliás, ela própria, a Emenda Constitucional 45, começa por reconhecer isto. Introduziu o inciso LXXVIII ao art. 5º, a dispor: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." Depois se diz que é errado afirmar que o brasileiro, ou que pelo menos os seus representantes, somos líricos. Editar uma norma programática fazendo-se uma reforma, justamente na norma que constitui a reforma estabelecer uma norma programática, um programa a ser realizado... E é por isso que este dispositivo não é de eficácia plena, mas necessita de norma ulterior para integrá-lo a ordem jurídica.

A Emenda 45 inovou no que toca a intervenção federal. A Constituição de 88 originalmente estabeleceu que o Superior Tribunal de Justiça requisitaria a intervenção federal no caso de descumprimento da lei federal. Eu estava ainda no Superior Tribunal de Justiça quando tive a oportunidade de escrever que aquela norma não era uma boa norma, que o constituinte não fora feliz. E por que não fora feliz? Porque esta é uma questão de intervenção federal puramente constitucional. Ela representa uma situação patológica: intervenção federal nos estados membros. Esta questão somente pode ser cuidada pela Corte Constitucional. A Emenda, no ponto, foi feliz, retirou essa competência do Superior tribunal de Justiça.

No § 3º do art. 5º, estabeleceu-se que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos devem se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, e então serão equivalentes às Emendas Constitucionais. Vejam que se estabeleceu para os Tratados o mesmo processo de aprovação de uma Emenda Constitucional, inclusive o quorum: três quintos. Aqui, alguns festejaram este dispositivo, dizendo que agora os tratados poderão ter força de Emenda Constitucional. Mas o que houve aqui foi um retrocesso, um grande retrocesso, porque a Constituição já dispunha da matéria. A Constituição do Brasil é uma Constituição democrática, a Constituição de 88, no que toca aos Direitos Fundamentais, consagra-os em todas as suas gerações. Os direitos de primeira geração, de segunda geração, de terceira geração: os interesses difusos e os interesses coletivos no campo interno e até externo. E a vertente destes direitos fundamentais, na Constituição de 88, segundo o poder constituinte de 1986 e 87, são três: ou eles estão escritos na Constituição; ou eles estão implícitos, são decorrentes do regime; ou ainda constam de tratados firmados pela República Federativa do Brasil. A Constituição não exigia a aprovação destes tratados por três quintos. De maneira que, ao fazê-lo, incorreu em grande retrocesso.

O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Pena Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão." Boa coisa, se bem que isto não resolve a questão, porque nós sabemos que a Constituição proíbe a extradição de brasileiro, mas o Tribunal o requer, e o Tratado de Roma prevê a entrega – a entrega, portanto, de um brasileiro para ser julgado pelo Tribunal. Esta entrega pode ser equiparada a uma extradição, de modo que esta é uma questão sobre a qual os tribunais, o Supremo Tribunal sobretudo, vão ter que debruçar-se, para resolve-la.

Seguem-se os requisitos de promoção dos magistrados, etc. que não merecem lá muitas considerações, porque poderiam estar perfeitamente numa norma infraconstitucional. A emenda estabelece a publicidade das decisões judiciais administrativas, repetindo, aliás, o que já constava da Constituição. E no que toca ao órgão especial, inovou; os

Tribunais que têm mais de trinta membros – e vejam que hoje os tribunais, com a unificação com os Tribunais de Alçada, aqueles que têm menos me parece que têm cerca de cem Desembargadores. São Paulo tem 360. Eu acho que aí houve um retrocesso também, porque os Tribunais de Alçada prestavam excelente serviço ao Poder Judiciário Brasileiro. A inovação fica por conta do fato de que a metade deste conselho, deste órgão especial, deverá ser composta por eleição. Acabaram as férias coletivas dos Tribunais de segundo grau e dos juizados de primeiro grau. Estabeleceu-se também a quarentena para os Magistrados que se aposentam. Este artigo, aliás, é interessante porque, segundo ele, não se deve exigir boas condições psicológicas somente do Juiz que julga, mas também do destinatário da prestação jurisdicional. Fica sempre parecendo que aquele que sai do Tribunal pode exercer alguma influência. É claro que não exerce. Porém, o jurisdicionado pode pensar assim; ele precisa ter boas condições psicológicas para receber a decisão judicial.

Outra questão interessante é a da eficácia *erga omnes* e a súmula vinculante. Aqui podemos ter repercussão, realmente, nos litígios de direito tributário, porque a súmula vinculante não terá aplicação em certos ramos do Direito. Não terá, eu penso... Sua aplicação será maior no que toca o direito tributário, no que toca o direito previdenciário, e alguns outros – nesses teremos uma aplicação maior da súmula vinculante. A Emenda Constitucional nº 45, no que toca o controle concentrado – que é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, e também das Cortes Supremas Estaduais, os Tribunais de Justiça, no que toca o controle concentrado da Lei Municipal e da Lei estadual frente à Constituição Estadual –, estabelece que as decisões definitivas de mérito proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade e na ação direta de inconstitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e "efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública direta, indireta, Federal, Estadual e Municipal.

No que respeita a ação declaratória de constitucionalidade, este dispositivo já existia desde a Emenda Constitucional nº 3, de 1993. Sustentávamos no Supremo Tribunal Federal – o Ministro Pertence (que aliás é o Presidente de Honra deste Congresso, com muita justiça), principalmente, sempre sustentou, e eu sempre aderi a este entendimento, que essas ações são dúplices, têm sentido dúplice. É dizer: se se julga procedente a ação declaratória, dá-se então a

constitucionalidade; se se a julga improcedente, dá-se, portanto, a inconstitucionalidade. O Contrário ocorre na ação direta: se se julga procedente a ação direta, tem-se a inconstitucionalidade; se se julga improcedente a ação direta, tem-se a constitucionalidade. Vejam que seria possível aplicar-se uma regra à ação declaratória e outra regra à ação direta de inconstitucionalidade. Por isso mesmo o Supremo Tribunal sempre entendeu que também as decisões proferidas na ação direta de inconstitucionalidade teriam efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Portanto, aí não se tem sabor de novidade.

Por outro lado, no controle difuso sim, temos novidade. A Emenda Constitucional de nº 45 estabeleceu que:

As decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional, poderiam ser incluídas em súmula com efeito vinculante, aprovadas por dois terços da casa e sua revisão ou cancelamento seria realizada da forma estabelecida em lei.

Isto quer dizer que o Supremo não poderia estabelecer no seu regimento interno outras formas de revisão da súmula vinculante. A disciplina está nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 103-A. E o descumprimento deste efeito vinculante, por parte dos tribunais inferiores ou por parte da administração pública, resulta em reclamação, que pode ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal. Eu não sei se seria interessante estabelecer-se uma instância de reclamação, para cuidar apenas deste assunto, porque o número de reclamações será muito grande. Descumprida a súmula-se e feita a reclamação ao Supremo Tribunal Federal, este poderá conceder liminar mandando cumprir a súmula, se o descumprimento for evidente, ou então pedir informações, e com as informações decidir.

Aqui volto a repetir: vamos ter uma grande repercussão no Direito Tributário, e me parece que uma boa repercussão. Não fica bem – eu penso-a ocorrência, como temos hoje, de decisões conflitantes. Há

pouco eu conversava, antes de chegar aqui, com o eminente Desembargador Edgard Penna Amorim, e discutíamos uma questão que interessa aos senhores e às senhoras, o problema do ISS, as decisões do Superior Tribunal de Justiça a respeito. Eu penso que a questão, chegando ao Supremo Tribunal Federal, em vista das decisões reiteradas, é matéria que merece ser sumulada, porque haveria um esclarecimento para todos os Municípios brasileiros e acabaríamos com aquilo que se chama pitorescamente de "loteria judiciária": ganha-se num tribunal, perde-se noutro, e se houve recurso especial, pode vir uma outra decisão diferente. Eu penso que a súmula vinculante poderá prestar grandes serviços nesta área. Ela evita, afasta esta possibilidade de decisões diferentes em tribunais.

Eis um exemplo. Eu era juiz aqui em Minas, em Belo Horizonte, morava numa rua bucólica no Bairro da Serra, e havia um aposentado que lá residia também e que se tornou meu amigo – trocávamos sempre um dedo de prosa à tarde, quando eu voltava do fórum. De uma feita, ele me questionou:

Dr. Carlos, eu entrei para a Rede Ferroviária Federal no mesmo dia que um amigo e compadre meu; nós nos aposentamos na mesma data, só que ele ganhou duas aposentadorias e eu ganhei apenas uma. Como pode?

É que naquela época ocorria um fato interessante: a Rede Ferroviária Federal era da administração direta; depois, foi para administração indireta (e agora está sendo extinta). Entendia-se, então, que a aposentadoria do Tesouro era um prêmio, e que aquela da previdência era paga, já que o segurado havia pago por ela. Assim, alguns Tribunais concediam duas aposentadorias ao segurado, e outros Tribunais, em outros casos, decidiam de forma diferente. Era realmente uma "loteria judiciária". E o aposentado me indagava: "Isso é possível? Isso é justo?" Vá explicar para o destinatário da prestação jurisdicional, de regra homens que não são do ramo jurídico, que isso deflui do sistema

romanístico-germânico, que consagra a total independência do magistrado! Ele vai ficar sem saber o que você disse, e vai pensar que você talvez seja um impostor. Nós devemos pensar em resultados, temos que pensar no jurisdicionado, no destinatário da prestação jurisdicional.

Eu acredito que a súmula vinculante tem mais esta vantagem: a de estabelecer, dar efetividade ao princípio isonômico, ao princípio da igualdade. Eu sou favorável à súmula vinculante, é claro! Vejam que a Emenda Constitucional, no ponto, foi cautelosa: "após reiteradas decisões". Não é apenas uma decisão: "após reiteradas decisões, poderá a corte, pelo voto de dois terços de seus membros, estabelecer súmula que terá efeito vinculante àquelas decisões". De regra, estas decisões reiteradas costumam vir reiteradas desde o primeiro grau. Afirmar que os juízes de primeiro grau perderiam a independência, ou que haveria um engessamento do Direito, não é verdade. Esse efeito vinculante não é nenhuma novidade, por exemplo no sistema judicial norte americano. Todos nós sabemos que os norte- americanos têm um poder judiciário muito eficiente. Há efeito vinculante, por exemplo, das decisões dos Tribunais Constitucionais europeus, principalmente do Tribunal Constitucional alemão. O professor Antônio Álvares da Silva, num artigo que escreveu, nos informa que não há notícia de nenhum juiz alemão que tenha se declarado sem independência em razão do efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional alemão.

Dessa forma, repito, creio que haveria uma boa repercussão da súmula vinculante no que toca aos litígios tributários. O Supremo Tribunal Federal tem julgado mais de cem mil processos, mais de cem mil recursos por ano! Há dois dias realizamos a última sessão da Turma e o Presidente me felicitava porque eu teria julgado quase mil e quinhentos processos. Eu fiquei muito satisfeito, mas envergonhado, porque, na verdade, mais de noventa por cento de tudo isto são recursos repetidos, recursos para os quais há um voto padrão e a assessoria simplesmente,

com base neste voto padrão, faz os ajustes devidos. Somente assim temos conseguido vencer a brutal carga de processos que pesa sobre nós. A súmula vinculante acabará com esses processos repetidos, com essa massa inútil de processos que impede, muitas vezes, que nos debrucemos sobre os casos novos, sobre as grandes questões constitucionais, principalmente as grandes questões de Direito Tributário. Quantas vezes o Supremo afasta uma demanda de Direito Tributário dizendo: não, esta questão já foi decidida com base apenas no Código Tributário Nacional? Eu defendo a tese – tese que, aliás, não é minha, é dos constitucionalistas italianos: Crisafulli, por exemplo – de que a violação de uma lei complementar à Constituição pode representar uma violação à própria Constituição. Tenho certeza de que, no momento em que o Supremo Tribunal Federal estiver julgando um número razoável de feitos, questões como estas poderão ser levadas para o âmbito do contencioso constitucional. Acredito que, se assim fosse, nós já teríamos resolvido o problema do ISS, por exemplo, sobre o qual há vários questionamentos quanto às decisões tomadas. No ponto, há um artigo da Professora Misabel Derzi muito interessante, publicado em um livro sobre o ISS, que trata da questão das decisões do STJ sobre fato gerador. Este é um ponto que merece ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal e até posto em súmula vinculante, após reiteradas decisões.

No que toca o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho, a Emenda fala em súmula impeditiva de recurso. Este ponto voltou à Câmara dos Deputados para discussão. A súmula impeditiva pouco valerá, na minha opinião, porque não terá eficácia normativa inibitória das lides em seu nascedouro. A Emenda inovou, estabelecendo a "repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso concreto, como pressuposto do Recurso Extraordinário". Nesse particular, eu penso que a Emenda Constitucional, ao invés de falar em argüição de relevância, falando em repercussão geral, foi feliz. Será que há questões constitucionais que não são



relevantes? Eu acredito que todas as questões constitucionais são relevantes. Mas isto difere da repercussão geral da questão constitucional, discutida no caso concreto: ela pode ter menos ou nenhuma repercussão geral. Assim, eu acredito que a expressão usada é mais abrangente. Esta inovação também me parece salutar porque o Supremo Tribunal Federal não está aí para decidir demandas entre meia dúzia de pessoas, que interessam apenas a meia dúzia de pessoas. O Supremo Tribunal Federal deve decidir questões que interessam à maioria dos brasileiros, portanto questões que tenham realmente repercussão geral.

Uma questão que eu gostaria de discutir com os senhores diz respeito às competências originárias dos Tribunais, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Justiça. A emenda fala em competência originária do Supremo e do STJ para ações populares e ações civis públicas; e no que toca os Tribunais de Justiça, o faz relativamente aos prefeitos. Eu penso que neste ponto a Emenda foi muito infeliz, porque o juiz natural é o juiz de primeiro grau, e esse acúmulo de competências originárias na Suprema Corte, nos Tribunais Superiores, pode chegar até a inviabilizar tais tribunais - e, de certa forma, pode livrar os agentes públicos de, por exemplo, ações de improbidade. Mais do que isto: a emenda tende a restabelecer o foro privilegiado para atos praticados no exercício da função pública, e a subsistência deste foro, mesmo tendo o agente deixado a função.

Esta questão voltou à Câmara dos Deputados. O Supremo Tribunal Federal revogara a sua súmula 394, que também dizia isto. A súmula 394 fora estabelecida num momento muito delicado, logo após o movimento de 1964, de modo que havia uma perseguição a muitos que haviam exercido cargos públicos. O Supremo Tribunal Federal, então, não quis deixar ao desamparo estas pessoas, principalmente o ex-presidente Juscelino Kubitschek, e trouxe para aquela corte o julgamento das questões correspondentes, mesmo não estando estas pessoas mais no

exercício da função. Para o momento, o homem é ele e suas circunstâncias, o Tribunal é ele e suas circunstâncias. Assim, naquele momento o Tribunal agiu com acerto, inegável acerto; mas hoje isto não subsiste mais, não é possível manter competências originárias para um Prefeito que já deixou o exercício do cargo. Esperamos que a Câmara dos Deputados rejeite isto, para o bem da justiça brasileira e para o bem da probidade administrativa, porque muitos agentes políticos, agentes públicos, escaparão da fiscalização da ação judicial. E nós sabemos dos benefícios que, por exemplo, o Ministério Público tem prestado, fiscalizando no interior: nos cinco mil e quinhentos Municípios brasileiros o promotor está fiscalizando, e pode propor a ação civil pública por improbidade administrativa. Nós, infelizmente, estamos muito bem colocados no ranking da corrupção. Não é possível que se queira afastar esta fiscalização que tem sido tão salutar.

Vou encerrar dizendo aos senhores o seguinte: o que na verdade precisamos fazer – retorno às minhas palavras iniciais – é racionalizar as leis processuais, racionalizar o sistema de recursos, acabar com o fetichismo da jurisprudência uniforme, acabar, por exemplo, com a possibilidade do Recurso Especial trabalhista para o STJ, o recurso de revista para o TST, com base no dissídio jurisprudencial, apenas a ofensa à lei. Assim, acredito, estaremos sem dúvida nenhuma prestando um obséquio ao sistema federativo que adotamos. Meu tempo já esgotou, eu peço perdão por ter me excedido, e mais uma vez quero agradecer a todos pela paciência com que me ouviram. Muito obrigado.